



Roj: **SAN 1060/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1060**

Id Cendoj: **28079230062021100106**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **04/03/2021**

Nº de Recurso: **2/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000002 /2018

**Tipo de Recurso:** PROC PARA LA GARANTIA DE LA UNIDAD DE MERCADO

**Núm. Registro General:** 02348/2018

**Demandante:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Demandado:** AYUNTAMIENTO DE GIJON

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a cuatro de marzo de dos mil veintiuno.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo nº **2/2018** interpuesto por el Abogado del Estado en representación de la **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA** contra la reserva profesional incluida en los apartados 2, 5 y 9 de las condiciones particulares de un contrato menor de servicios para la realización de un estudio geológico y geotécnico del proyecto de ejecución de un nuevo campo de fútbol femenino dentro del ámbito del Ayuntamiento de Gijón.

Ha comparecido como demandada la representación legal del Ayuntamiento de Gijón.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto del Letrado de la Administración de Justicia y con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso con anulación de la resolución impugnada.

**TERCERO.-** En calidad de demandada, ha comparecido el Ayuntamiento de Gijón, representado por su Letrado, quien tras contestar la demanda ha solicitado su desestimación.

**CUARTO.-** Tras el trámite de conclusiones, mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 3 de marzo de 2021 en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** A través de este proceso, se impugna por el abogado del Estado, en representación de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), la reserva profesional incluida en los apartados 2, 5 y 9 de las condiciones particulares de un contrato menor de servicios para la realización de un estudio geológico y geotécnico del proyecto de ejecución de un nuevo campo de fútbol femenino dentro del ámbito del Ayuntamiento de Gijón, publicadas el 30 de octubre de 2017.

El presente recurso se ha formulado al amparo de lo establecido en el artículo 27 de Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (BOE de 10 de diciembre, y en los sucesivos LGUM) y el artículo 127 bis de la 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE de 14 de julio).

En referidos apartados, relativos a la solvencia técnica, se requería la «Titulación de geólogo con una experiencia demostrada de acuerdo a certificado de colegiación superior a 10 años.».

Llegó a la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) la reclamación presentada por el secretario-técnico del Consejo Superior de Colegiados de Minas, al amparo del artículo 26 de la LGUM, en la que expresaba no compartir la reserva competencial favorable a esa titulación declarada por el Ayuntamiento, que consideraba contraria a la prohibición del artículo 5 de la Ley, sin que exista una reserva profesional expresa en materia de redacción de estudios geotécnicos ni en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), ni tampoco en el Código Técnico de la Edificación (CTE) aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo.

Tanto el Informe de la Comisión UM/142/17 de 13 de diciembre de 2012, como el informe de la SECUM 26/17077 de 29 de noviembre consideraron que la restricción impuesta resultaba contraria al artículo 5 LGUM.

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado comienza su escrito de demanda con una extensa valoración de la razón de ser y los motivos que han inspirado la LGUM. Acto seguido, afirma que las condiciones impuestas son contrarias al artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de la LGUM y del artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). La restricción no ha sido fundada por el Ayuntamiento en ninguna de las razones imperiosas de interés general del artículo 3.1 1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ni se ha justificado la inexistencia de otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad afectada. Cita en apoyo de sus argumentos diferentes sentencias del TJUE.

El Ayuntamiento de Gijón se opone a la estimación del recurso y, en síntesis, que se ha respetado el marco establecido en el Real Decreto Legislativo 3/2011, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, estableciendo un régimen de publicidad y garantías para los contratos menores mayor que el previsto por la Ley. La exigencia de una titulación específica se fundamenta en la propuesta del Servicio de Arquitectura-Mantenimiento del Ayuntamiento de Gijón en cuanto requiere que el estudio geotécnico sea realizado por un Geólogo con más de diez años de experiencia.

**TERCERO.-** Antes de entrar en el examen de los motivos que han dado lugar a la iniciativa impugnatoria de la CNMC, no está de más que nos detengamos en las razones y principios destacados por la doctrina, que han inspirado el texto legal en el que se sustenta este especial recurso.

El principio de unidad de mercado tiene su reflejo en el artículo 139 de la Constitución, que expresamente impide adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas, y la libre circulación de bienes en todo el territorio español. En estos términos se inicia el Preámbulo de la propia Ley ( apartado I, párrafo primero, del referido Preámbulo y art. 1), con inmediata



referencia a otro de los pilares básicos residenciado en la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución.

La STC 1/1982 ya decía que *«[E]ste marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse, con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución cuyo preámbulo garantiza la existencia de «un orden económico y social justo (...) principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128, entendido en su totalidad; el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros. Por otra parte, la Constitución fija una serie de objetivos de carácter económico cuya consecución exige la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional [...]».*

El principio de unidad, que no de uniformidad, constituye una exigencia para que los principios básicos del orden económico sean unos y los mismos en todo el ámbito nacional, que ha de compatibilizarse, por tanto, con las competencias que en cada caso corresponden al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales, algo que se quiere articular en torno a la confianza mutua entre las diversas autoridades con competencias en la materia, como forma de dar eficacia a las actuaciones administrativas realizadas por una Administración en todo el territorio nacional.

En esta línea, la LGUM, que no es más que la expresión local de las libertades comunitarias en general y más concretamente de la Directiva de Servicios 2006/123/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, transpuesta por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, modificada por la disposición final segunda de la LGUM.

Para garantizar la unidad de mercado se establecen una serie de principios que permitan asegurar la libertad de establecimiento y la libertad de circulación. Identifica la Ley como tales el de no discriminación, (artículo 3); el de cooperación y confianza mutua, (artículo 4); el de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes (artículo 5); el de eficacia de las mismas que se tomen en todo el territorio nacional (artículo 6); el de simplificación de cargas (artículo 7); y el de transparencia (artículo 8). Todos están especialmente dirigidos a las Administraciones públicas con facultades de actuación.

Por ello, las limitaciones o restricciones solo se podrán imponer dentro de los contornos de la propia Ley, de la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales (artículo 16).

En todo caso, el establecimiento de los límites o requisitos de acceso o ejercicio de una actividad económica están sometidos al principio general de necesidad y proporcionalidad ( artículo 5), y que tendrán que estar motivados en salvaguardar alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en la Ley y en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE 24 de noviembre). En este precepto, en relación con el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, están recogidas las siguientes restricciones de interés general: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de la Seguridad Social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional, y los objetivos de la política social y cultural.

En los artículos 17 y 18 de la LGUM se plasman los condicionantes que la libertad de acceso y ejercicio de la actividad económica suponen en el régimen de autorización. Por ello es necesario que la autorización se establezca por Ley, que se tengan en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad, la necesaria motivación de que esa actividad sea sometida al régimen de autorización. Solo en el caso de que la autorización venga exigida por una norma de la Unión Europea o por un tratado internacional, podrá llevarse a cabo por una norma de rango inferior a la Ley.

**CUARTO.**- Este recurso se plantea en términos análogos a otros examinados por esta Sala en los que también se establecían restricciones o limitaciones de titulación por parte de Corporaciones Locales para la realización o certificación de determinadas obras.

No existen razones, ni se nos invocan motivos para que ahora nos apartemos de lo que ya dijimos, por lo que debemos mantener el criterio y decisión que en su día tomamos por respeto al principio de unidad de doctrina, expresión jurisdiccional del de seguridad jurídica.

Como ya dijimos en nuestra sentencia de 15 de abril de 2019, recurso 220/2016, tras el análisis de la STC 143/2017, sobre la Ley 8/2013 de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas, aunque



respecto del cuerpo de ingenieros industriales, « [e]l establecimiento de reservas de actividad debe justificarse en razones imperiosas de interés general, ser proporcional y no discriminatorio.

La necesidad implica que la restricción aparezca justificada por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente. La proporcionalidad implica que el régimen restrictivo sea el medio más adecuado para garantizar el objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado. La no discriminación exige que el régimen restrictivo no discrimine directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o del lugar de ubicación del domicilio social.

En el mismo sentido, la Ley 49/2015, de Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 129, establece que las Administraciones Públicas en el ejercicio de la potestad reglamentaria actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.

En consecuencia, cabe concluir que en virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.

A su vez, el principio de proporcionalidad, implica que la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.

SEXTO: Por lo tanto, para justificar en primer lugar la necesidad de la restricción, el Ayuntamiento de (...) debería haber razonado la concurrencia de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en entonces aplicable artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, precepto al que remite el artículo 5 LGUM.

Con independencia de que el Ayuntamiento no invoca razón alguna que justifique la restricción a los ingenieros industriales para la elaboración de los ITES y aunque se entendiera que pudiera concurrir alguna razón imperiosa de interés general que la amparase ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que refiere la determinación del técnico competente en función del proyecto concreto de que se trate y el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión sin atribuciones generales a titulaciones específicas.

Es decir, la competencia en cada caso concreto deberá determinarse, además de por el contenido de las disciplinas cursadas en cada titulación, en función de la naturaleza y entidad del proyecto de que se trate. Por esa razón, es necesaria la revisión de la reserva de la actividad de emisión de Informes de Evaluación de Edificios conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad contenidos en el artículo 5 de la LGUM.

Ello imponía no vincular una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas, como hace la resolución recurrida, con remisión al dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana ya mencionado.

Lo cierto es que las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, rec.578/2014 y 9 de diciembre de 2014, rec. 4549/2012 que se citan no analizaron a propósito del conflicto de atribuciones profesionales suscitado la incidencia de la Ley 20/2013, de Garantía de la Unidad de Mercado en la restricción impuesta ni la legislación sectorial aplicable de acuerdo con LGUM, según exige su artículo 9.

Es más, en la sentencia de 22 de diciembre de 2016, rec. 177/2013 al enjuiciar el Tribunal Supremo la legalidad del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, para la acreditación de los profesionales habilitados para suscribir certificados técnicos (en ese caso, de eficiencia energética) afirma que deberá tenerse en cuenta "la titulación, la formación, la exigencia y la complejidad del proceso de certificación", sin reconocer la exclusividad de expedición de dichos certificados a favor de una titulación técnica en concreto.

Por tanto, esa reserva de actividad que supuestamente atribuye la LOE en éste ámbito a arquitectos y arquitectos técnicos no es tal pues los ITEs no tienen la naturaleza de proyectos de obras ni de dirección de obras, ni de dirección de ejecución de obras y una cosa es la exigencia de la titulación necesaria para realizar un proyecto de edificación o dirección de obra de un edificio según su uso como distingue la LOE y otra que esa misma titulación sea la requerida para realizar el informe técnico del estado de un edificio ya construido, como se indicaba en el Informe de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM).

Este desarrollo habrá de hacerse conforme al principio de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM, teniendo en cuenta, como decía la propia disposición final primera del Real Decreto Legislativo 7/2015, ahora anulada por la STC 143/2017, de 14 de diciembre que: "A estos efectos, se tendrá en cuenta la titulación, la formación, la experiencia y la complejidad del proceso de evaluación".



*Entendemos por ello, que no se justifican las razones invocadas por el Ayuntamiento pues no se advierte la existencia de una reserva legal a favor de arquitectos y arquitectos técnicos en la LOE para redactar los ITES y paralelamente, tampoco ha acreditado el Ayuntamiento de Bilbao, en virtud de los principios de necesidad y proporcionalidad que concurrieran razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente que justificasen tal reserva de actividad a aquellas titulaciones concretas, con exclusión de las demás, en lugar de optar por la vinculación a la capacitación técnica del profesional en cuestión. Criterio idéntico al que seguimos en la sentencia de 10 de septiembre de 2018, rec. 16/2017.*

*El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa impide, por otra parte, pronunciarse sobre las eventuales justificaciones apoyadas en imperiosas razones de interés general que puedan alegarse después de haberse dictado la resolución recurrida. [...]».*

**QUINTO.-** Anticipamos, que tanto en el supuesto al que nos remitimos como el que ahora nos ocupa, no existen razones de interés general en el que se justifique la restricción o limitación de titulación del geólogo para la construcción del estadio.

A pesar de los argumentos del escrito de contestación a la demanda, no se cuestiona que el Ayuntamiento haya respetado el régimen jurídico que se recoge en el Real Decreto Legislativo 3/2011, para la contratación del sector público. Incluso damos por bueno, como afirma el demandado, que ha incorporado en el pliego garantías y exigencia de transparencia que son exigibles a los contratos menores.

No es ese el debate, la discusión es si una vez publicadas las condiciones particulares, la limitación o restricción que establece en favor de los titulados en geología resulta compatible con los límites del artículo 5 de la LGUM que exige «[1.] las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009 (...) 2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica [...]». En consonancia con esa previsión normativa, el artículo 4 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público establece que «[1.] Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, [...]».

La interpretación de esta previsión legal y sus consecuencias no dejan lugar a dudas; cualquier limitación que se establezca en el libre acceso a una actividad económica debe configurarse desde un principio esencialmente restrictivo, con unas específicas obligaciones de motivación por parte de la autoridad que la impone.

El pliego de condiciones particulares está huérfano de esta motivación, por lo que resulta incompatible con las exigencias de la LGUM. En todo caso y de concurrir alguna razón imperiosa de interés general, debería evitarse asociar una reserva de actividad a una titulación o a titulaciones concretas. Habría de vincularse a la capacitación técnica y experiencia del profesional en cuestión, según se indica en las SSTJUE de 22 de enero de 2002 (C-31/00), 7 de octubre de 2004 (C-255101), 8 de mayo de 2008 (C-39/07) y 5 de abril de 2011 (C-424109).

**SEXTO.-** De lo dicho se desprende que el presente recurso debe ser estimado con expresa condena en costas al Ayuntamiento demandado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Abogacía del Estado contra la reserva profesional incluida en los apartados 2, 5 y 9 de las condiciones particulares de un contrato menor de servicios para la realización de un estudio geológico y geotécnico del proyecto de ejecución de un nuevo campo de fútbol femenino dentro del ámbito del Ayuntamiento de Gijón, que anulamos por no ser ajustada a derecho; con expresa condena en costas al Ayuntamiento.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá



acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ